

La justicia arbitral en el derecho romano

“Redúcese el compromiso a una semejanza de juicio, y tiene por objeto terminar los pleitos.”

PAULO; Comentarios al Edicto, libro II¹

Introducción

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que, por regla general, surge a partir de un acuerdo de voluntades, entre las partes de una relación jurídica, frente a la existencia (o eventual existencia) de una controversia de carácter transigible. La consecuencia directa de este pacto, denominado formalmente *compromiso*², es la de investir temporalmente de la facultad de administrar justicia a un tercero neutral denominado árbitro, para que éste, mediante un laudo arbitral con fuerza de cosa juzgada, ponga fin al conflicto sin necesidad de recurrir al aparato jurisdiccional del Estado³. Es, por tanto, una institución en la confluyen elementos tanto de lo público como de lo privado, y cuyos orígenes son rastreables hasta el derecho romano. Y es precisamente esa la pretensión del presente texto: Contribuir a la conceptualización integral de este mecanismo extrajudicial de solución de conflictos mediante un estudio histórico-jurídico que permita al lector conocer el origen de la institución arbitral e identificar sus continuidades en el derecho moderno.

Para poder rastrear los orígenes de la forma y el espíritu de la justicia arbitral en el derecho contemporáneo, es preciso tener en cuenta que durante gran parte de la vida de la civilización romana, el procedimiento civil se caracterizó por ser fuertemente privado y por ende, fundado en una matriz contractual.⁴ La administración de justicia no pasó a ser monopolio del Estado sino hasta bien entrada la era imperial, cuando se insertó el procedimiento cognitorio o extra ordinario, eminentemente burocrático. La resolución de conflictos entre los ciudadanos de Roma fue, durante siglos, responsabilidad de los miembros de la comunidad política, puesto que entre los deberes constitutivos de la ciudadanía estaba el de participar como juez o árbitro cuando así fuera solicitado por otros ciudadanos y/o por el pretor, el magistrado encargado de supervisar y ejecutar los procesos civiles⁵. Se hizo común entonces que cuando las partes de una relación jurídica se

¹ *Digesto* 4.8.1.

² SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1954. pp. 433.

³ Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia SU-174 de 2007**. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ DU PLESSIS, Paul. *Borkowski's Textbook on Roman Law*. Fourth Edition. Oxford University Press. New York. 2010. pp. 63.

⁵ Resulta necesario recordar que en los textos clásicos de los juristas romanos, la distinción entre *arbiter* y *judex* es sumamente ambigua, puesto que ambos términos fueron muy a menudo usados para designar a la

encontraran ante la imposibilidad de dirimir la controversia por sí mismos, acudieran a un tercero neutral que les permitiera armonizar la situación sin necesidad de recurrir a la jurisdicción ordinaria de Roma. (O cuando no tenían la capacidad de ser parte en un proceso civil por falta de status)⁶.

El derecho romano contó con varios mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, diferenciados por su formalidad y grado de vinculatoriedad. Y es precisamente gracias al grado de intervención del tercero neutral que es posible establecer cuál es el mecanismo escogido por las partes: Si éste ayuda a que las partes lleguen *por sí mismas* a un acuerdo, estamos en presencia de una conciliación; si, por el contrario, el tercero neutral *adjudica*, se está en presencia de un arbitraje. En Roma, el arbitraje, *arbitrium*, que constituye una especie derivada del género *sententia*⁷, se condujo de tres maneras distintas, a saber: El *arbitrium boni viri* o arbitraje no formal; el *arbitrium iudice* o arbitraje legal; y el *arbitrium ex compromisso*.

Arbitraje no formal, bases subjetivas y objetivas de la institución arbitral

El ejemplo más arcaico y sencillo de arbitraje es el *arbitrium boni viri* (el arbitraje del buen hombre), caracterizado por ser absolutamente informal y privado. Consistía en el acuerdo mutuo y carente de formalidades de dos personas interesadas en dirimir una determinada controversia, quienes diferían la solución de la misma a la consideración de un tercer hombre escogido y reconocido por ambos por su honestidad y buen criterio. Este procedimiento no contenía fuerza jurídica y su incumplimiento no daba lugar a acción alguna⁸; la decisión del *bonus vir* constituía un vínculo moral, mas no jurídico. Dado que la efectividad de la decisión dependía totalmente de la voluntad de las partes, el *arbitrium boni viri* representaba, ante todo, la *idea* del honor, la rectitud y la imparcialidad

misma persona, teniendo como común denominador el ser un tercero neutral llamado para dirimir las controversias surgidas entre las partes de una determinada relación jurídica. (Ver ROEBUCK, Derek; DE LOYNES DE FUMICHON, Bruno. *Roman Arbitration*. Holo Books. The Arbitration Press. Oxford. 2004. pp. 30)

⁶ Ibid. pp. 98.

⁷ A partir del género *sententia*, se desprenden dos tipos de decisión: el *arbitrium* y el *iudicium*. El arbitrio se caracteriza por el sentido de equidad, mientras que el juicio se basa en lo que es o no es justo y correcto. Cicerón ilustra hábilmente esta distinción: “Una cosa es el juicio y otra el arbitrio. El juicio es de dinero cierto, el arbitrio, de incierto. Acudimos al juicio para ganar o perder toda la litis; vamos al arbitrio con ánimo de conseguir, no nada, pero tampoco tanto como pedimos. Las mismas palabras de la fórmula dan testimonio de esto. ¿Qué hay en el juicio? Algo directo, rudo, simple. ‘Si está conforme, debe dar 50,000 sesteracios’. Éste, a menos que demuestre que se le deban 50,000 sesteracios íntegros, hasta el último maravé, pierde la causa. ¿Qué hay en el arbitrio? Algo suave, moderado: CUANTO MÁS EQUITATIVO Y MEJOR QUE SE DÉ. Confiesa él, sin embargo, que pide más de lo que se le debe; pero que se conformará con lo que se le dé por el árbitro.” (CICERÓN, *Pro Roscio comoedo*, 4,10. En: SCIALOJA, Óp. cit. pág. 119.)

⁸ ROEBUCK; DE LOYNES DE FUMICHON Óp. cit. pp. 46.

encarnadas en un hombre, que tenía las aptitudes necesarias para solucionar un pleito desde la tercera.⁹

Las materias objeto de este arbitraje informal constituyen también un claro antecedente de lo que sería la materia arbitrable en el desarrollo posterior de esta institución. Tal y como se mantiene hoy en día en nuestro ordenamiento, los asuntos sobre los cuales la decisión del *bonus vir* versaba eran aquellos sobre los cuales las partes que acudieron a él tenían *libre disposición*. Así, en la versión más arcaica del arbitramento (que no constituye como tal un arbitramento sino un punto medio entre éste y una conciliación, dada la necesaria voluntad de las partes intervinientes de aceptar lo decidido), se requería la opinión de un tercero para dirimir cuestiones que tenían que ver principalmente con la economía agraria, tales como la delimitación de fronteras entre predios vecinos o los términos bajo los cuales se habrían de desarrollar convenios de arrendamiento y de usufructo de predios¹⁰. Pero no eran estas las únicas cuestiones sobre las cuales era solicitado el concepto del arbitrador, sino también en lo relativo a asuntos familiares y societarios, como la cuantía que habría de darse a manera de dote en un matrimonio, así como los términos en los que una sociedad comercial habría de constituirse¹¹.

El concepto emitido por este arbitrador, al carecer de formalidades y al construirse exclusivamente sobre la buena fe, no constituía *per se* un instrumento vinculante, más allá de la obligación moral y la presión social; por tanto, si la discrepancia sobre los asuntos sometidos a consideración del arbitrador se mantenía, permanecía la opción de recurrir a la jurisdicción ordinaria de la Urbe¹². Ahora bien, no toda la población contaba con este poder de perseguir la defensa de sus intereses mediante acciones procesales, como se verá en el siguiente acápite, cuando se analice el arbitraje en el marco del *ius gentium*, que influyó grandemente en la normalización e institucionalización del arbitramento como alternativa y complemento de la jurisdicción ordinaria.

⁹ Como se verá más adelante, este antecedente romano no ejemplifica *in strictu sensu* la figura del árbitro, sino la del arbitrador

¹⁰ ROEBUCK; DE LOYNES DE FUMICHON, Óp. Cit. pág. 54.

¹¹ *Próculo*; Epístolas, libro V.- “*Constituiste sociedad conmigo con esta condición, que Nerva, amigo común, determinara la participación de la sociedad; Nerva determinó que tu fueses socio por una tercera parte, y yo por dos terceras partes; preguntas, ¿será acaso válido esto por derecho de sociedad, o seremos no obstante socios por partes iguales? Pero opino que mejor habrías preguntado, si seríamos acaso socios por las partes que él hubiese establecido, o por las que hubiese debido establecer un buen varón. Porque hay dos géneros de árbitros; uno, de tal suerte, que sea ya lo justo, o lo injusto, debemos obedecerlo, lo que se observa cuando en virtud de compromiso se recurrió a un árbitro; y otro, de tal naturaleza, que deba sujetarse al arbitrio de buen varón.*” En: D. 17.2.76.

¹² Así lo expresa Catón en *Sobre la agricultura*, 149.1-2.: “*Qué debería incluirse en el arrendamiento de un pastizal en invierno... los vegetales, espárragos, la madera, el derecho de vía, y el ganado se encuentra reservados para el arrendador. Si el arrendatario o sus pastores o sus animales causaren algún daño al arrendatario, será resuelto por el arbitrio de un bonus vir. (...) Si, no obstante, surgieren controversias sobre los asuntos decididos por éste, sea el caso llevado a Roma para ser juzgado.* (Subrayas por fuera del texto original). Citado por ROEBUCK y DE LOYNES DE FUMICHON, Óp. Cit. pág. 52. (La traducción es del autor).

Llegados a este punto, nos es posible matizar algunas de las repercusiones que el arbitraje no formal de los primeros tiempos en las comunidades bajo influencia cultural romana, tuvo sobre la conceptualización de dicho mecanismo. En primer lugar, encontramos la *idea* del recurso arbitral como mecanismo idóneo para lidiar con las controversias surgidas entre sujetos relacionados jurídicamente sin necesidad de recurrir a la confrontación directa ante tribunales estatales. Es este un avance filosófico de trascendencia absoluta, puesto que constituye el primer ejemplo de resolución extrajudicial de conflictos jurídicos y económicos por medio del acuerdo *inter partes*, que si bien se encuentra desprovisto de las formalidades que lo podrían hacer vinculante en Roma, sí constituye un avance en términos de resolución de controversias, al dejar de lado la autodefensa o la autoayuda para recurrir al arbitrio de un tercero neutral con la autoridad suficiente para *obligar moralmente* a las partes a dejar de lado sus diferencias.

En segundo lugar, por cuenta de la documentación sobre resolución de conflictos legada por la literatura latina e incluso por testimonios de ciudadanos que actuaron como terceros neutrales en casos específicos¹³ (y que pueden encontrarse en los escritos de Cicerón y Catón¹⁴), tenemos un antecedente de lo que a futuro, y hasta hoy en día, serían las materias arbitrables, esto es, los asuntos de libre disposición o transigibles; aquellos derechos que se encuentran dentro de nuestro patrimonio, según la división clásica de las cosas hecha por Gayo¹⁵. No obstante, de este elemento objetivo también se desprende uno de carácter subjetivo, en tanto que ilustra las cualidades del tercero neutral, quien, además de ser reconocido por ser un componente ilustre de la comunidad por razones morales, actúa como asesor experto en determinados temas donde es preciso determinar la *cuantía* de las concesiones sugeridas.

Cabe resaltar, por último, que no constituye una verdad absoluta la afirmación de que fue la cultura romana la primera en desarrollar este mecanismo, sino que por el contrario, esta fue una práctica probablemente difundida a lo largo del Mundo Antiguo¹⁶, y que llegó a la

¹³ Se recomienda ver el capítulo cuarto del referenciado libro sobre arbitraje romano de Roebuck y de Loynes de Fumichon, que trata exclusivamente sobre fuentes primarias.

¹⁴ *Vide supra*, pág. 3.

¹⁵ Inst. 2.1.

¹⁶ El pueblo griego constituye un importante antecedente en materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, puesto que hay evidencia de la presencia de árbitros y arbitradores en la Atenas del siglo V a.C. De hecho, su sistema arbitral no resultaba muy distinto del romano. Existían, paralelamente, los arbitrajes privados y los oficiales. En el primer caso, el árbitro era escogido directamente por las partes para que emitiera una decisión bajo juramento, lo que le daba carácter análogo al de una sentencia judicial. En caso de rebeldía por parte de alguna de las intervinientes, cabía la posibilidad de instaurar una acción ante el magistrado de la ciudad para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto. Por otro lado, el arbitraje oficial era un mecanismo usado por la *polis* para aliviar la carga judicial del Consejo de los Cuarenta, principal órgano jurisdiccional de la ciudad. Los árbitros que actuaban bajo esta modalidad eran ciudadanos corrientes que cumplían una función transitoria de jueces como deber ciudadano. El árbitro privado era denominado *diatetes hairesetos* (ιδιωτική διαιτησία); el oficial, *diatetes kletotos* (Επίσημη διαιτησία). Como se verá más adelante, este antecedente griego no es muy distinto de las posteriores modalidades romanas de

práctica legal romana por cuenta del comercio “internacional”, si se me permite el anacronismo. Así, pues, es innegable la influencia que tuvo el *ius gentium* en el desarrollo y en la normalización de esta institución jurídica, como se verá a continuación.

Influencia del *ius gentium* en la adopción y normalización del arbitraje en el sistema jurídico romano

Como es sabido, la sociedad romana fue una civilización fuertemente estratificada. A pesar de la extensión de sus dominios y de la inmensidad de su número de súbditos, fueron pocos los que hacían parte de la comunidad política romana, es decir, los que eran ciudadanos de Roma, los *cives romani*.¹⁷ De hecho, solo eran estos últimos quienes encontraban amparo jurídico para sus negocios en el ordenamiento romano; es por esto que hablamos de derecho civil, el derecho de los pertenecientes a la *civitas* romana.¹⁸ Pero es imperativo tener en cuenta que la expansión de la cultura romana no se hizo solo por medio de la conquista militar sino que, desde muy temprano en su historia, el pueblo romano se vio envuelto en relaciones comerciales intercomunitarias, en primer lugar con los otros pueblos latinos e itálicos y posteriormente con comunidades a lo largo y ancho del Mediterráneo; estos individuos recibieron inicialmente la denominación de *peregrini*, extranjeros.

A medida que las relaciones comerciales de carácter internacional fueron incrementando (caracterizadas por la informalidad y la flexibilidad como consecuencia lógica de la agilidad de la que deben estar provistos estos tratos) surge un nuevo derecho regulador de estas relaciones comerciales basado en la *fides*, en la lealtad a la palabra dada y en la corrección en el trato, denominado *ius gentium*. Le pretensión de este Derecho de las gentes radica en crear un ordenamiento jurídico “universal”; esto es, aplicable a todo el mundo romano, independientemente de su status¹⁹. En palabras de Fernández de Buján: “El *ius gentium* no es un derecho de los extranjeros, sino un derecho accesible a los extranjeros, formado por instituciones romanas y no romanas.”²⁰ Y fue precisamente esta interrelación con comunidades no romanas lo que generó la necesidad de complementar el ordenamiento jurídico con una magistratura que estuviera en capacidad de conocer de las controversias suscitadas entre ciudadanos y peregrinos y entre éstos entre sí. Se instauró así, la jurisdicción del pretor peregrino²¹.

solución extrajudicial de conflictos. (THE OXFORD INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF LEGAL HISTORY. *Arbitration in Ancient Athens*. Pág. 212.)

¹⁷ No fue sino hasta el año 212 de nuestra era, luego de progresivas concesiones, que la ciudadanía fue concedida de manera general a todos los habitantes libres del imperio, por medio de una constitución emitida por el emperador conocido historiográficamente como Caracalla.

¹⁸ VENTURA SILVA, Sabino. **Derecho romano. Curso de derecho privado**. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1982. pp. 73.

¹⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. **Derecho privado romano**. Quinta Edición. Iustel. 2012. pág. 36.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ DU PLESSIS, Óp. Cit. pág. 33.

Resulta imperativo recordar la importancia que reviste la magistratura pretoriana, en tanto que su labor jurisdiccional terminó por construir un sistema paralelo al del *ius civile*, denominado *ius praetorium* o *ius honorarium*, cuya función consistía en complementar e incluso corregir las disposiciones del *ius civile* que resultaban en exceso rigurosas y lesivas para la utilidad pública.²²

Por cuenta de esta extensión jurisdiccional, los pactos y las convenciones realizadas por los intervinientes de una relación jurídica, sin importar su status, pasaron a ser protegidos por el ordenamiento jurídico romano. Así lo atestigua el Edicto del Pretor:

*“Dice el pretor: Mantendré los pactos acordados que no fueren realizados ni con dolo, ni contra las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, edictos de los emperadores, ni en fraude de cualquiera de estas cosas.”*²³

Así, pues, los pactos comerciales carentes de formalidades, al ser protegidos por la jurisdicción del pretor peregrino, se convirtieron en verdaderos negocios jurídicos. Esto, bajo el entendimiento de constituir un acto de voluntad dispuesto para regular los intereses de una persona frente a las otras de conformidad con lo dispuesto por la ley; siendo, por tanto, objeto de acciones para su protección jurídica²⁴.

Con el advenimiento del amparo jurisdiccional de estos pactos llegó también la figura del *arbitrium*, entendido como la manera de determinar el alcance material de los convenios en momentos de controversia. La razón de ser del *arbitrium*, en este contexto, consistía en *estimar* el alcance de disposiciones tales como la cláusula *ex bona fide*, principal garantía de las convenciones hechas entre las partes, y que constituiría el campo de acción del árbitro o árbitros designados por el pretor para el conocimiento de un determinado conflicto.

El arbitraje legal, fundamento histórico de la noción jurisdiccionalista del arbitraje moderno

El segundo tipo de arbitraje usado en el derecho romano es una institución que ya había sido reconocida en el ordenamiento desde los tiempos de las XII Tablas y que resulta diametralmente distinta del arbitraje del *bonus vir* porque, al contar con un fuerte elemento público, puede ser entendido como un híbrido entre un juicio y un arbitraje. Se trata del *arbitrium iudicis*. En este proceso, el tercero neutral era escogido por las partes a partir del *album* (la lista oficial de los ciudadanos que podían ejercer como jueces en un proceso), pero era *designado* por el pretor.²⁵ Para hacer uso de este mecanismo arbitral, la Ley de las

²² ROBLES, Juan Ramón. *Magistrados, jueces y árbitros en Roma. Competencia civil y evolución*. Editorial Dykinson. Madrid. 2009. Pág. 69.

²³ D. 2.14.7.7.

²⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Óp. cit. pág. 314.

²⁵ ROEBUCK; DE LOYNES DE FUMICHON Óp. cit. pág. 67.

XII Tablas estableció la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.²⁶ Dicha acción consistía en llevar a conocimiento de un juez o árbitro, por orden del pretor, las controversias que hayan surgido entre dos partes de una relación jurídica, a menudo vecinos o coherederos.²⁷

Un rasgo importante de esta acción de la ley (empleada según la naturaleza específica del caso llevado por el pretor) radica en que de este juez se esperaba que actuara no solo como *boca de la ley*, sino también como *experto*, mediante avalúos de daños y de tierras o partición de copropiedades, *arbitrium litis aestimandae*²⁸, lo que supone una expresión formalizada de los objetivos del *arbitrium boni viri*. Esta doble función de *adjudicador* y de *asesor* será determinante en el desarrollo posterior de esta institución. De hecho, en los textos antiguos, *arbitrium* y *aestimatio* suelen encontrarse como sinónimos; esto, por cuenta de que ambos sustantivos reflejan el ideal de esta institución de encontrar la medida que satisfaga los derechos de ambas partes sin dejar como ganador absoluto a ninguno de los dos, buscando lo que los romanos llamaban *aequitas*.²⁹ El arbitraje legal, al ser una *legis actio* contemplada en la Ley de las XII Tablas es, pues, un instrumento jurídico de carácter procesal retomado y moldeado posteriormente por la jurisdicción pretoriana y que por tanto, está respaldado por un poder de imperium³⁰. Así, el ciudadano escogido para actuar como árbitro en un proceso de estos estaría ejerciendo una *función pública*, cual es la de decir el derecho aplicable al caso y emitir una decisión de obligatorio cumplimiento que supone la finalización de la controversia.

El arbitraje legal romano sería entonces, un antecedente ideal para fundamentar las modernas teorías jurisdiccionalistas sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, en tanto se inviste a un particular de la facultad excepcional y transitoria de administrar justicia. Los

²⁶ SCIALOJA, Óp. cit. pág. 141.

²⁷ Los romanos hacían una distinción entre dos términos que pueden confundirse fácilmente: *lis* y *iurgum*. Mediante la primera hacían referencia a la demanda, que debía ser probada y concedida o negada. La segunda, por su parte, significa controversia; no es un ataque contra la otra parte, sino un desacuerdo sobre una *cosa*. Veamos lo que dice Cicerón al respecto: “Admiro la elegancia de la ley no solo en lo sustantivo sino también en su lenguaje. Ella dice: ‘Si discernen, si iurgant’. Por iurgum se entiende una controversia entre dos personas de buena voluntad, no una demanda, lis, que se da entre enemigos. Por ende, la ley está pensando en vecinos en desacuerdo, pero no en enemigos.” (CICERÓN, *De re publica*, 4.8, En ROEBUCK; DE LOYNES DE FUMICHON, Óp. cit. pág. 82) (La traducción es del autor).

²⁸ ROEBUCK; DE LOYNES DE FUMICHON Óp. Cit. pp. 82.

²⁹ Desde la misma etimología de la acción dispuesta para este propósito se puede deducir esta virtud: *ve*, en *iudicis arbitrive postulationem*, es una conjunción alternativa que representa la potestad del pretor y de las partes de designar, en el marco del proceso civil, a un *judex* o a un *arbiter*, según la naturaleza del caso. Ahora bien, como se recoge en la cita de Cicerón ubicada en la introducción de este texto, éste puede ser de dinero cierto o incierto y en caso de ser incierto (por ejemplo, al tratarse de la división de una herencia entre coherederos cuando el testamento no es claro), procede la designación del árbitro.

³⁰ Como se verá más adelante, con el arbitraje compromisario, este poder de imperium es exclusivo del Estado, por lo cual el proceso arbitral y el eventual proceso ejecutivo son independientes y por tanto adelantados por distintos sujetos.

autores que, en la doctrina moderna, defienden de manera exclusiva y excluyente la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, lo hacen en contraposición a la teoría contractualista, donde se afirma que el vínculo jurídico que une a las partes de la controversia y a éstas con el árbitro es de mero derecho privado y que por tanto no implica el ejercicio de una función pública de administrar justicia³¹. El origen de esta noción contractualista que fundamenta, en parte, al arbitraje moderno (en tanto que éste goza tanto de la función pública excepcional como del origen convencional privado), se encuentra en la última modalidad de arbitraje a analizar en este escrito, el *arbitrium ex compromisso*.

El arbitraje compromisario o pacto arbitral, origen de la matriz contractual del arbitraje moderno

Por último, encontramos al *arbitrium ex compromisso*, que se diferencia de las modalidades anteriores porque combina perfectamente sus respectivas características al crear un instrumento vinculante de origen convencional. El *compromissum* es una estipulación formal y escrita mediante la cual ambas partes de una determinada relación jurídica, objeto de controversia, otorgan el poder de decisión y adjudicación a un tercero imparcial escogido por ellos, junto con una cláusula penal dispuesta para garantizar el cumplimiento de lo decidido por éste³². Así pues, el *arbitrium ex compromisso* es un arbitramiento privado que es ejecutable, en caso de incumplimiento, por el Estado³³. Está compuesto por

³¹ BENETTI SALGAR, Julio. *El arbitraje en el derecho colombiano*. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2001. pp. 23

³² SCIALOJA, Óp. Cit. pp. 434.

³³ En el derecho romano, al igual que en el derecho colombiano contemporáneo, los árbitros escogidos para dirimir controversias, si bien contaban con el poder de adjudicación, no tenían poder de ejecución, ya que éste implica la utilización del poder coactivo del Estado. Al respecto, la Corte Constitucional ha anotado: “Según el artículo 116 de la CP., la ley puede transitoriamente atribuir la función jurisdiccional a particulares que obren como árbitros o conciliadores. En el Estado social de derecho, los particulares colaboran de variadas maneras en el desarrollo de las funciones y fines estatales. Dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, no obstante, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, la conciliación y el arbitraje sólo pueden tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. En segundo término, la paz y el orden público, se ponen en peligro si a los particulares, así obren como conciliadores o árbitros, se les atribuye directamente la facultad de disponer del poder coactivo. No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (CP art 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna. No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral. Entre las materias vedadas a los árbitros y conciliadores, por las razones anotadas, se encuentra el conocimiento de las pretensiones ejecutivas. La existencia de un título ejecutivo con base en el cual se formula la demanda, así posteriormente se presenten excepciones y se deba decidir sobre éstas, coloca la controversia en un momento posterior al de la mera configuración del derecho. Lo que se busca a través de la acción ejecutiva es la intervención del Estado con miras no a zanjar una disputa, sino a hacer efectivo un derecho sobre cuya existencia el demandante no ha menester reconocimiento distinto al de la verificación del título que, en los términos de la ley, le sirve de suficiente causa y prueba. De otro lado, la ejecución está íntimamente ligada al uso de la fuerza pública que, por las razones anotadas, ni la ley ni el pacto pueden transferir a los árbitros o conciliadores.” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-057 de 1995. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.)

dos partes: Por un lado, el *compromissum*, mediante el cual las partes deciden y se comprometen a acudir al arbitraje y se fijan las materias objeto de decisión; y por el otro, el *receptum arbitri*, que es el contrato mediante el cual el árbitro se obliga frente a las partes a cumplir con las tareas que le asigna el compromiso, esto es, dirigir la audiencia y emitir una decisión llamada laudo arbitral.³⁴ El rol del pretor, en este caso, consistía en ver que el árbitro cumpliera con lo prometido³⁵. Una vez emitido el laudo, el árbitro pasaba a ser *functus officio* (“no más árbitro”); por tanto, si una de las partes incurría en la cláusula penal al hacer caso omiso de lo dispuesto por el árbitro, la acción de parte del defraudado para cobrar lo dispuesto en ella debía ser llevada, como un proceso independiente, ante el pretor.³⁶ En este orden de ideas, podemos ver que el *arbitrium ex compromisso* es un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos que tiene su origen en la voluntad de las partes y que es respaldado por la autoridad del Estado, dándole, como a cualquier contrato, fuerza obligatoria.

Ahora bien, y dado que la intención de este texto radica en rastrear los orígenes tanto de la forma como del espíritu de la justicia arbitral, se reproduce a continuación un compromiso arbitral que data del siglo I, a partir del cual el lector podrá constatar en un documento tangible las continuidades que esta milenaria institución jurídica presenta en nuestro ordenamiento.

TABULA HERCULANENSIS (a. 69 d. C):

“En la controversia que existe entre L. Cominio Primo y L. Apuleyo Próculo sobre los límites del fundo Numidiano, que es de L. Cominio Primo, y del fundo Estrataniciano, que es de L. Apuleyo Próculo; y, puesto que L. Apuleyo Próculo y L. Cominio Primo han establecido por entre ellos sobre esta controversia...

Así estipularon y así pactaron sobre esta controversia: lo que Tiberio Craso Firmo, árbitro en virtud de compromiso entre L. Cominio Primo o bien su heredero y L. Apuleyo Próculo o bien el suyo, pronuncie como sentencia o como resolución interlocutoria públicamente y en presencia de ambos, o haga pronunciar < a través de un tercero>, y con tal que pronuncie sentencia o la haga pronunciar antes de las próximas calendas de febrero, y alargue o haga alargar <a través de un tercero> el plazo <fijado en> el compromiso; si se hiciera algo contra ello, o bien

³⁴ D. 4.8.3.1.

³⁵ D. 4.8.3.1 “Aunque el pretor no obligue a nadie a asumir la función de árbitro, porque es cosa libre e independiente, y puesta fuera de la coacción del magistrado, sin embargo, tan pronto alguien hubiese aceptado el arbitraje, estima el pretor que la cosa corresponde a su cuidado y solicitud; no tanto porque deba procurar que se resuelvan las controversias cuanto porque no deben ser defraudados los que le eligieron, como hombre bueno, para que sea árbitro entre ellos.”

³⁶ D. 4.8.21.9.

algo no fuera hecho así, se darán debidamente mil sestercios de ley, y que queden, ahora y en el futuro, esta controversia y arbitraje exentos de dolo malo.”³⁷

El arbitraje compromisario resultó ser un instrumento verdaderamente útil para la solución de controversias por muchas y distintas razones, que son equiparables con las ventajas que supone el actual pacto arbitral frente al proceso judicial ordinario. Éste comprende de manera sistemática todas las virtudes de las modalidades de arbitramento estudiadas en este texto, como la flexibilidad en términos de capacidad jurídica, la amplitud de la materia arbitrable, la celeridad del proceso y la equidad como criterio de interpretación, pero con el valor agregado de una serie de estipulaciones recíprocas dispuestas para reforzar la vinculatoriedad de lo dispuesto en el laudo. Así, al compromiso arbitral solía agregársele la *stipulatio poenae*, o cláusula penal, mediante la cual ambas partes convenían, de manera previa a la emisión del laudo, el pago de una suma como sanción por un eventual desacato de lo dispuesto por el árbitro. En caso dado de que alguna de las partes incurriera en la cláusula penal, la otra tenía el derecho de interponer la *actio ex stipulatio* ante el pretor.

En Roma, la materia arbitrable a través del compromiso se encontraba constituida, en consecuencia, por todos aquellos asuntos mencionados a lo largo de esta tipificación histórica del arbitraje, pero con especial relevancia de las relaciones crediticias y de las contravenciones contractuales³⁸, lo que en suma nos lleva a poder establecer que el derecho romano, al igual que el derecho moderno, fijó el límite de lo arbitrable en aquello que no es de libre disposición por parte de los intervinientes, salvaguardando así los intereses de Lo público³⁹. Podemos concluir, pues, que el arbitraje compromisario romano constituye una institución con un marcado corte iusprivatista. Esto, por dos razones principales: (i) porque surge a la vida jurídica por cuenta de un acuerdo de voluntades formal, lo que eleva al convenio arbitral al status de ley entre las partes; y (ii) porque solamente podrán someterse al arbitrio del tercero designado en el compromiso los asuntos sobre los cuales las partes tengan capacidad de transigir.

En la actualidad, un sector de la doctrina nacional parte de estas características iusprivatistas del arbitraje para atribuirle, de manera inequívoca, una *naturaleza contractual*.⁴⁰ Sin embargo, esta es una definición débil e incompleta de la institución

³⁷ *Tabula Herculanensis*. En: DOMINGO, Rafael (Coord.). **Textos de derecho romano**. Editorial Aranzadi. Madrid. 2002. pág. 287.

³⁸ D. 4. 8. 21. 3.

³⁹ “En general, se puede comprometer respecto de cualquier cuestión de derecho civil, pero se exceptúan algunas, de orden público; por ejemplo, las cuestiones de estado personal, para las cuales se exigen magistrados, en quienes las leyes pueden tener mayor confianza, así como también las cuestiones de restitutio in integrum.” SCIALOJA, Óp. cit. pág. 436.

⁴⁰ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. **Régimen arbitral colombiano. Ley 1563 de 2012**. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá. 2013. Pág. 157.

arbitral, en tanto desconoce su *función pública* de administrar justicia entre las partes, que se desprende de manera directa del texto constitucional, y le agrega un ánimo jurisdiccional a este mecanismo contractual.⁴¹

Esta función pública de administrar justicia, habilitada directamente por el Constituyente, dota al arbitramento de una *naturaleza jurisdiccional* que, no obstante, puede y debe convivir con su origen contractual, en tanto que las voluntad de las partes de someterse a este recurso es un requisito *sine qua non* para la instauración de este mecanismo. Por lo que en el caso colombiano, al igual que en el caso romano, podría sostenerse que el arbitramento posee un *naturaleza mixta*, aunque algunas perspectivas, situadas en puntos extremos, procuran mantener tesis monistas sobre la naturaleza jurídica del mecanismo arbitral. Al respecto de esta confluencia entre lo público y lo privado, estableció la Corte Constitucional:

*“La Corte Constitucional también se ha ocupado en diversas oportunidades del tema de la justicia arbitral y ha desarrollado una profusa jurisprudencia en donde se han establecido algunas características básicas del arbitramento en tanto acto jurisdiccional, así: (i) los particulares únicamente pueden administrar justicia en calidad de árbitros o de conciliadores; (ii) el arbitramento implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional como función pública, y se traduce en la expedición de laudos arbitrales en derecho o en equidad, según lo hayan previamente determinado las partes; (iii) los particulares deben haber sido habilitados por las partes en cada caso concreto para ejercer la función pública de administrar justicia en su condición de árbitros; (iv) los árbitros administran justicia de manera transitoria y excepcional en relación con un determinado conflicto, por lo cual su competencia cesa una vez han proferido el laudo; y (v) es competencia del legislador definir los términos en que se administrará justicia por los árbitros, lo cual incluye la fijación de las normas propias del juicio arbitral, pero no obsta para que en virtud del **principio de voluntariedad** las partes también acuerden cuáles serán las reglas del procedimiento arbitral con miras a obtener una decisión justa, pronta y sin formalismos innecesarios. También ha explicado que, como consecuencia de su **naturaleza jurisdiccional**, el arbitramento constituye un medio para materializar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. El elemento jurisdiccional del arbitramento tiene dos aspectos centrales: (a) la decisión de los árbitros, plasmada en un laudo, debe resolver efectivamente la disputa, tiene fuerza vinculante para las partes, y hace tránsito a cosa juzgada; y*

⁴¹ **Constitución Política de Colombia**. Artículo 116. Inciso 1. “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente, la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar juicios sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.” (Subrayas y negrilla por fuera del texto original).

(b) el arbitraje tiene naturaleza procesal, y como tal está sujeto a un marco legal especial, así como a lo dispuesto por las partes sobre el procedimiento a seguir. Estos dos elementos diferencian al arbitramento de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como la conciliación, la mediación o la amigable composición.”⁴² (Subrayas y negrillas por fuera del texto original.)

Así pues, a partir de lo expuesto por la jurisprudencia constitucional y por las fuentes de la romanística consultadas en la construcción de este artículo, es claro que el arbitraje, tal y como lo conocemos hoy en día, es una institución jurídica cuya finalidad es solucionar extrajudicialmente las controversias surgidas entre particulares en el ejercicio de sus intereses y en la que confluyen elementos tanto del derecho privado como del público, dándole una naturaleza de carácter mixto.

Conclusión

Teniendo en cuenta todo lo dicho a lo largo del presente texto, nos es posible afirmar que la romanística es un instrumento invaluable a la hora de conceptualizar integralmente los elementos que constituyen una institución de tan indiscutible utilidad como el arbitraje, que constituye uno de los mecanismos alternativos de administración de justicia más efectivos para solucionar controversias entre particulares. Como se ha dicho en repetidas ocasiones, el aporte del derecho romano abarca tanto lo objetivo como lo subjetivo: Nos legó la idea del tercero neutral con poder de adjudicación y con capacidad técnica; así mismo, determinó el límite de lo que no puede ser objeto de arbitramento, esto es, los asuntos de orden público; y, por si fuera poco, estableció la forma en que un mecanismo heterocompositivo de solución de controversias habría de tomar fuerza vinculante, por medio del pacto o compromiso arbitral, articulando la voluntad privada con el imperium del Estado.

Quizás el mayor aporte de un estudio basado en la romanística sobre una institución de aplicación contemporánea como el arbitraje, radica en que éste permite armonizar con fundamento histórico y jurídico las teorías que dividen a la doctrina nacional e internacional alrededor de la naturaleza jurídica de esta institución. Gracias a la confrontación de las fuentes legadas por el derecho del pueblo romano con nuestra jurisprudencia, legislación y doctrina, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el pacto arbitral, en tanto mecanismo de administración de justicia nacido de la convención privada, es una institución de naturaleza mixta, en la que confluyen de manera razonable y armoniosa elementos tanto del derecho público como del privado, esto es, lo jurisdiccional y lo contractual.

⁴² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1224 de 2008. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

BIBLIOGRAFÍA

BENETTI SALGAR, Julio. *El arbitraje en el derecho colombiano*. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2001

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-057 de 1995. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-174 de 2007. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1224 de 2008. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

GARCÍA DEL CORAL, Ildefonso. (Editor y traductor). **CORPUS IURIS CIVILIS**. Editorial Lex Nova. Barcelona. 2004.

DOMINGO, Rafael (Coord.). *Textos de derecho romano*. Editorial Aranzadi. Madrid. 2002.

DU PLESSIS, Paul. *Borkowski's Textbook on Roman Law*. Fourth Edition. Oxford University Press. New York. 2010.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Derecho privado romano*. Quinta Edición. Iustel. 2012.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. *Régimen arbitral colombiano. Ley 1563 de 2012*. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá. 2013.

THE OXFORD ENCYCLOPEDIA OF LEGAL HISTORY. Editor in Chief: Stanley N. Katz. Volume I. Oxford University Press. 2009.

ROBLES, Juan Ramón. *Magistrados, jueces y árbitros en Roma. Competencia civil y evolución*. Editorial Dykinson. Madrid. 2009

ROEBUCK, Derek; DE LOYNES DE FUMICHON, Bruno. *Roman Arbitration*. Holo Books. The Arbitration Press. Oxford. 2004..

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1954.

VENTURA SILVA, Sabino. *Derecho romano. Curso de derecho privado*. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México. 1982